

tivo para dudar, que el arrendatario es poseedor del material que sirve para explotar la fábrica; contestamos nosotros que si es poseedor es sólo en virtud de la venta que se le ha convertido; los útiles no han sido sacados, el material nunca ha dejado de emplearse en las labores de la fábrica; si de inmueble por destino se ha convertido en mueble por la venta es sólo en virtud de una convención que no liga á los terceros. En la especie la posesión participa del carácter convencional de la propiedad; con respecto al vendedor el comprador posee, no posee con respecto á los acreedores; luego éstos conservan su derecho. Dicen que esto es sacrificar el comprador al acreedor hipotecario. Esto es verdad; los principios lo quieren y la equidad no es contraria porque el derecho de los acreedores hipotecarios era anterior y público; si lo perdían por una venta que ignoraban serían despojados sin haber podido resguardar sus intereses. (1)

Sucedería de otra manera si el material se hubiese vendido á un tercero y entregado al comprador. (2) Los acreedores hipotecarios pueden oponerse á la desocupación (número 227). Si no lo hacen no tienen acción contra los terceros adquirentes. Hay una sentencia contraria de la Corte de París. La Corte dió una acción al acreedor hipotecario contra el comprador; lo que supone que el derecho de hipoteca subsiste en los inmuebles movilizados; y la naturaleza de las cosas y la ley no permiten que haya un derecho inmobiliario en los muebles. Es inútil insistir acerca de este punto renovando la crítica de Valette. (3) Lo que equivocó á la Corte es que parecía contrario á toda justicia que el deudor pudiera privar al acreedor del derecho que pertenecía á éste en los muebles movilizados. Sin duda el acreedor no puede ser despojado de una garantía bajo cuya

1 Compárese París, 3 de Abril 1875 (Dalloz, 1876, 2, 239), y Denegada, 20 de Diciembre de 1875 (Dalloz, 1876, 1, 343).

2 Aubry y Rau, t. III, p. 429, y nota 12, pfo. 286.

3 Valette, p. 225, 6.º, seguido por Pont, t. I, p. 401, núm. 376.

condición trató. Pero queda por saber contra quién tiene acción. No tiene ninguna contra el tercero poseedor, puesto que su derecho hipotecario está extinguido. El tercero poseedor no podría ser requerido sino en razón de un delito (núm. 226). La única acción que pertenece al acreedor hipotecario es la que le da el art. 79 (Código Civil, art. 2131) reembolsándole su crédito; esta garantía puede ser insuficiente, pero esto no es una razón para abrir al acreedor contra el adquirente una acción á la que se oponen todos los principios.

¿Si el precio se debiera aún tendría el acreedor una acción por este punto? Según los principios del Código Civil nó. En nuestra opinión el art. 45 sería aplicable á la venta de los inmuebles por destino (art. 230). Se puede invocar en favor del acreedor un argumento *a fortiori*. Si tiene derecho al precio cuando se trata de una venta de frutos, es decir, de objetos inmobiliarios destinados á ser movilizados, con más razón debe tener este derecho cuando se trata de objetos muebles que han sido immobilizados con intención de perpetuidad. En este último caso se puede decir que la garantía hipotecaria del acreedor está disminuida por el hecho del deudor; es, pues, justo que la ley venga en su auxilio. El interés del tercer adquirente no está en causa, pues le importa poco pagar su precio al acreedor hipotecario ó al vendedor. El conflicto existe, pues, entre el acreedor hipotecario y los acreedores quirografarios, y en este conflicto la preferencia se debe al primero, puesto que tenía un derecho real en los objetos immobilizados; por esto mismo los acreedores quirografarios no pudieron contar con el valor de los muebles immobilizados; no están, pues, perjudicados si se atribuye al acreedor hipotecario el valor de un fruto de su prenda. El derecho en el precio sólo realiza la garantía hipotecaria por la parte del inmueble que fué movilizada.

*Num. 4. De los actos de administración. (1)*

235. ¿El propietario del inmueble hipotecado puede darlo en arrendamiento? Esta cuestión, muy controvertida bajo el imperio del Código Civil, está decidida por el art. 45 en los siguientes términos: «Los arrendamientos contratados de buena fe después de la constitución de la hipoteca serán también respetados; sin embargo, si fueron hechos para un plazo que exceda de nueve años la duración será reducida conforme al art. 1429.» Siguese de esto que los actos administrativos están regidos por el mismo principio que los actos de goce (núm. 227). El propietario conserva el derecho de administrar como conserva el de gozar; pero la administración, así como el goce, pudiera perjudicar á los acreedores hipotecarios, y desde que cualquier acto causa un perjuicio al acreedor el deudor no tiene derecho de hacerlo. Queda por precisar en cuáles casos los actos de administración que se refieren al inmueble hipotecado, es decir, los arrendamientos, son perjudiciales á los acreedores.

236. La ley sólo contesta á la cuestión para lo relativo á la duración de los arrendamientos; decide que el deudor no puede hacer más que arrendamientos por nueve años; esta es la duración ordinaria de los arrendamientos, y la ley quiere que los acreedores respeten las actas de administración ordinaria, á las que deben esperarse y en las que tienen interés, pues están interesados en que el fundo hipotecado esté dado en arrendamiento á un arrendatario cuidadoso y capaz; esto es para ellos una garantía de conservación. El art. 45 agrega, sin embargo, una condición: es que el arrendamiento esté hecho de buena fe. Un arrendamiento, aun para la duración ordinaria de nueve años, podría ser consentido en fraude de los acreedores, en vispera, por ejemplo, de la acción que tienen intentada; todo arrendamiento

1 Aubry y Rau, t. III, p. 429 y las sentencias que citan, nota 13, pfo. 286.

miento en este caso les sería perjudicial, puesto que estorbaría la venta haciéndola menos ventajosa; y desde que un acto está hecho en fraude de los acreedores éstos pueden atacarlo. Pero no pueden promover más que por acción pauliana, lo que implica que el arrendatario debe ser cómplice del fraude.

El propietario no puede hacer un arrendamiento que pase de nueve años; acabamos de dar la razón. Un arrendamiento largo no es un acto de administración ordinaria; los acreedores no deben esperarlo y están interesados en que no se haga. Es, pues, porque un arrendamiento á largo plazo es perjudicial á los acreedores por lo que la ley limita el derecho del propietario. Se da otra razón en una doctrina que vamos á encontrar y combatir. El arrendamiento que pasa de nueve años, se dice, es un acto de disposición, y el acreedor hipotecario, teniendo un derecho en la cosa, lo prosigue en manos de cualquier detentor; el adquirente no le puede oponer su derecho de propiedad, con más lugar el acreedor prevalecería al arrendatario. Esta doctrina está en oposición con los principios y diremos más adelante que no tiene apoyo en nuestra Ley Hipotecaria. El arrendamiento no es nunca un acto de disposición, puesto que no da al arrendatario más que un derecho de crédito; el dador no desmiembra, pues, la propiedad, la conserva en toda su plenitud. Sólo que hay incapaces ó administradores que sólo pueden consentir un arrendamiento de nueve años (artículo 1718) no porque un arrendamiento por más de nueve años es un acto de disposición sino porque un arrendamiento largo comprometería los intereses del propietario. Esto es, pues, una cuestión de perjuicio. Por esto es que la ley no anula los arrendamientos por más de nueve años que el propietario hace del inmueble hipotecado, sólo los reduce de modo que no sean perjudiciales á los acreedores. Los arrendamientos que pasan de nueve años se reducen á esta du-

ración; y esto concilia todos los intereses, el del propietario que conserva el derecho de goce y de administración y el de los acreedores hipotecarios que deben esperar un arrendamiento ordinario.

237. Los arrendamientos por más de nueve años son reducibles aunque hubieran sido transcriptos. No hay que confundir el arrendamiento hecho por el propietario posteriormente á la constitución de la hipoteca y los arrendamientos que se hacen antes que el inmueble esté hipotecado. Esta última hipótesis es la del art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria. La ley quiere que los arrendamientos que pasan de nueve años se transcriban para que puedan ser opuestos á los terceros adquirentes ó á los terceros acreedores que traten con el propietario del bien dado en arrendamiento; los terceros tienen que estar advertidos de la existencia de los arrendamientos á largo plazo. Es en su interés por lo que el legislador prescribió la publicidad de los arrendamientos por vía de la transcripción. Otra es la hipótesis del art. 45. No se trata ya de avisar á los terceros de lo que hará el propietario: hay acreedores hipotecarios inscritos en el inmueble; ¿puede el deudor hacer arrendamientos en perjuicio de éstos? Tal es la cuestión que el art. 45 resuelve; mantiene los arrendamientos de nueve años, reduce los que pasan de esta duración; poco importa que estos largos arrendamientos estén publicados por la transcripción, la publicidad, en el caso, es indiferente; aunque transcriptos los arrendamientos no dejan de ser perjudiciales á los acreedores hipotecarios; éstos deben, pues, tener el derecho de pedir su reducción. La discusión de la Ley Hipotecaria no deja ninguna duda en este punto, como lo vamos á decir.

238. El art. 45 no prevee el caso en que el arrendamiento contiene recibo anticipado de renta. ¿Qué debe inducirse del silencio de la ley? En nuestro concepto debe concluir-

se que esta cláusula y, por consiguiente, el recibo pueden ser opuestos á los acreedores hipotecarios, á reserva de que éstos prueben que el deudor obró en fraude de sus derechos. En otras palabras, no habiendo sido previsto por la ley el caso de pagos anticipados queda bajo el imperio del derecho común. La cuestión ha sido decidida en sentido contrario por nuestra Corte de Casación (1) y los autores que han escrito sobre nuestra Ley Hipotecaria enseñan la misma doctrina. (2) Tenemos, pues, que detenernos en la dificultad y ver desde luego si es verdad que hay silencio de la ley; luego examinaremos cuál es el derecho común en esta materia.

La Corte de Casación dice que la cuestión está decidida por el art. 1.º de la Ley Hipotecaria combinado con el artículo 45. Según el art. 1.º los arrendamientos deben ser transcriptos cuando exceden de nueve años ó cuando contienen recibo por cuando menos de tres años de renta. De esto la Corte concluye que estas dos categorías de arrendamientos están asimiladas por la ley á actas translativas de propiedad, las que están solas en principio sujetas á la transcripción. Hacer un arrendamiento por más de nueve años ó uno que contenga, como en el caso, recibo por todas las rentas es hacer una acta de enajenación; y las actas de enajenación hechas por el deudor que tiene hipotecado el inmueble no pueden ser opuestas al acreedor hipotecario, quedando éste armado contra los terceros con su derecho de prosecución.

Contestamos el principio que sirve de punto de partida á la Corte de Casación; el arrendamiento no es nunca una acta de enajenación (núm. 236). Que el dador no enajena la propiedad ni un desmembramiento de ésta esto es eviden-

1 Denegada, 30 de Noviembre de 1854 (Pasierisia, 1855, 1, 51). Hay una sentencia, en sentido contrario, del Tribunal de Lieja de 20 de Junio de 1854 (Jurisprudencia de los tribunales de Cloes y Bonjeán, t. IV, p. 18).

2 Martou, t. II, p. 116, núm. 117. Compárese Cloes, t. I, p. 38, núm. 65, y t. II, p. 84, núms. 1065 y siguientes.

te, puesto que no transmite derecho real al arrendatario. El arrendamiento puede ser hecho por aquel que no es propietario: ¿Se dirá que, no obstante, este acto es una enajenación cuando el arrendamiento es por más de nueve años y contiene recibo por tres años de renta? Sería, pues, una enajenación hecha por el que no tiene propiedad de la cosa. Es inútil insistir en este punto porque la Corte de Casación no pudo decidir que un acto de administración es un acto de disposición. Por esto no formula el principio en términos absolutos; dice que el art. 1.º atribuye á los arrendamientos que exceden de nueve años y á los que contienen recibo por tres años de renta cuando menos el carácter de la enajenación, y que es por este motivo por lo que los somete, así como á las actas translativas de derechos, á la formalidad de la transcripción. La fórmula es singular: el lenguaje es incorrecto y el pensamiento nos parece tan incorrecto como la expresión. ¿Qué es un acto que tiene el carácter de una enajenación? ¿Significa esto que el arrendamiento por más de nueve años ó el que contiene recibo por tres años de renta no son actos de enajenación, pero que la ley los considera, no obstante, como tales? Esto sería una ficción y las ficciones son de estricta interpretación; de modo que todo cuanto podía inducirse del art. 1.º es que en materia de transcripción la ley pone los arrendamientos en la misma línea que las actas translativas de propiedad inmobiliar. Pero esta asimilación no podría ser extendida á casos en que no se trata de transcripción, y tal es el caso previsto por el art. 45; los arrendamientos, aunque transcriptos, no pueden ser opuestos á los acreedores hipotecarios cuando exceden de nueve años; luego la transcripción debe ser apartada y, por consiguiente, el art. 1.º de la ley no puede ser invocado para interpretar el art. 45.

Del principio de que el art. 1.º atribuye á ciertos arrendamientos el carácter de enajenación la Corte concluye que el

acreedor hipotecario puede ejercer contra el arrendatario el derecho de prosecución. La consecuencia nos parece tan atrevida como el principio. ¿Qué es en efecto el derecho de prosecución? Este derecho se ejerce contra los terceros tenedores del inmueble hipotecado. ¿Quiénes son los terceros detentores? Bastale el capítulo VI que trata del derecho de prosecución para convencerse de que se trata de un tercer adquirente; es decir, de un tercero propietario: basta citar el art. 105 (Código Civil, art. 2117). Para que el acreedor hipotecario pueda prevalecerse contra el arrendatario de su derecho de prosecución se necesitaría, pues, que el arrendatario fuera propietario; se necesitaría que la expropiación fuera proseguida contra el arrendatario; sería necesario que el arrendatario tuviera el derecho de abandonar ó de pagar para exceptuarse de la expropiación; y todas estas consecuencias, que derivan del principio admitido por la Corte Suprema, son puramente imaginarias. La expropiación se prosigue contra el arrendatario, no contra el dador; es decir, contra el deudor propietario del inmueble; no hay tercero detentor en el caso porque el arrendatario no detiene el inmueble como propietario, sólo tiene la detención como poseedor precario, en nombre del dador, por el que posee. Y donde no hay tercero detentor no puede tratarse del derecho de persecución. La teoría de la Corte es una doctrina imaginaria, como las bases en que descansa.

239. Bien comprendemos el motivo que condujo á la Corte á imaginar la teoría que ha consagrado. El deudor que ha hipotecado un inmueble permanece, en verdad, propietario, pero no puede hacer ya nada que perjudique al acreedor hipotecario. Y los arrendamientos á largo plazo serían perjudiciales al acreedor; por esto es que la ley los reduce á una duración de nueve años. Pero los arrendamientos que contienen recibos por tres años de rentas son tan perjudiciales al acreedor; no debe, pues, permitir al deudor el que

se le paguen las rentas por anticipación; es necesario un límite; la Corte lo buscó en el art. 1.º y para encontrarlo hubo de disponer, desde luego, que los arrendamientos por más de nueve años son actas translativas de propiedad, y luego hubo de asimilar á una acta translativa de propiedad el arrendamiento que contiene recibo de rentas anticipadas cuando menos por tres años. Esta argumentación, en nuestro concepto, es contraria á los principios tal cual fueron interpretadas por los autores de la Ley Hipotecaria.

El art. 45 previó las actas que el deudor puede ó no puede hacer después de haber hipotecado el inmueble. Entre estas actas hay una que atormentaba á los intérpretes bajo el imperio del Código Civil. ¿Tiene el derecho de hacer arrendamientos á largos plazos? ¿Tiene el derecho de recibir rentas anticipadas? El Código Napoleónico no contenía ninguna disposición á este respecto y, como siempre, el silencio de la ley engendraba controversias sin fin. Llamado á hacer una nueva ley el legislador belga tuvo que hacer para la cuestión de los arrendamientos lo que había hecho para todas las dificultades que se habían presentado bajo el imperio de la ley antigua. Esto es lo que hizo; decide la cuestión de los arrendamientos á largos plazos declarándolos reductibles. La nueva ley no decide nada de los arrendamientos que contienen recibos anticipados. ¿Cuál es la razón de este silencio? ¿Es un olvido? No fuera concebible; ¿se comprende que el legislador, queriendo zanjar una dificultad que había dado lugar á tantas controversias, la zanjase á medias olvidándose de la otra mitad? ¿Si no hay olvido debe decirse que el legislador no quiso decidir la dificultad ó que la decidió implícitamente por el art. 1.º? Esta última suposición es la de la Corte de Casación; la creemos inadmisibles.

Hay una primera razón para desechar esta interpretación. Si era inútil decidir que un arrendamiento conteniendo re-

cibos anticipados es una acta de disposición que no puede ser opuesta al acreedor hipotecario con más razón era inútil decirlo de los arrendamientos que exceden de nueve años. Dicimos *con más razón*. En efecto, se concibe que un arrendamiento á plazo largo esté asimilado á una acta de disposición, puesto que hay artículos del Código que no permiten á un simple administrador consentir arrendamientos por más de nueve años; pero no hay una sola disposición de que pueda inducirse que un arrendamiento con pagos anticipados sea una acta de enajenación. Hubiera sido muy útil, mejor dicho, necesario, que el legislador se explicara acerca de estos arrendamientos, puesto que juzgaba necesario ó útil explicarse acerca de los que el deudor tenía el derecho de hacer. Guardó silencio acerca de los arrendamientos que contienen recibos anticipados, mientras que habló de los arrendamientos á plazo largo. Preguntamos de nuevo: ¿cuál es la razón de este silencio? La explicación que la Corte ha dado nada explica; hay que buscar otra y es fácil encontrarla, pues que se encuentra en todas letras en las discusiones de la Cámara de Representantes.

240. La discusión confirma plenamente la interpretación que hemos dado á los arts. 1 y 45 y está en oposición abierta con lo que la Corte de Casación ha consagrado. En la sesión del 30 de Enero de 1851 M. Jullien llamó la atención del Ministro de Justicia acerca de los arrendamientos que hiciera el propietario del inmueble hipotecado en perjuicio de los acreedores hipotecarios: creía que debía someter estos arrendamientos á la prescripción prescripta por el artículo 1.º Esto era un error de derecho y de teoría. M. Lelièvre, el Relator de la comisión, restableció los verdaderos principios en lo que se refiere á la cuestión de derecho; y en esta ocasión dijo enteramente lo que hemos dicho: que no hay nada común entre el art. 1.º y el art. 45. ¿Cuál es el objeto de la transcripción ordenada por el art. 1.º en lo